

LA COMPETENZA CAUTELARE DELLA CORTE D'APPELLO

Relatore:

dott. Marina TAVASSI

consigliere della Corte d'Appello di Milano

1. Introduzione al tema.

La legge di riforma del processo civile, disciplinando l'intera materia del processo cautelare e della relativa competenza, non ha rivolto specifica attenzione ai poteri cautelari della Corte d'Appello ed al procedimento davanti alla stessa Corte, né allorché la Corte agisca quale giudice di secondo grado, né allorché la stessa funzioni quale giudice di primo e unico grado, nelle materie in cui è prevista la particolarità dell'esclusione del secondo grado di giudizio.

Gli artt. 669-ter e 669-quater indicano come organi competenti a ricevere i ricorsi cautelari il pretore ed il Tribunale, indicando per entrambi la competenza monocratica del magistrato cui viene affidata la trattazione del procedimento dal Presidente del Tribunale o dal pretore dirigente, secondo la previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 669-ter.

L'omissione dell'espressa previsione della competenza della Corte d'Appello non deve essere intesa nel senso che il legislatore abbia voluto escludere una competenza della Corte in materia cautelare, tantovero che, laddove è previsto il rimedio del reclamo (art. 669-terdecies), è espressamente disciplinata l'ipotesi del reclamo avverso il provvedimento cautelare della Corte d'Appello. La genericità delle espressioni usate nella norma da ultimo citata e nelle altre norme disciplinanti il procedimento cautelare consentono di ritenere le medesime norme utilizzabili non solo per le ipotesi in cui la Corte sia investita del giudizio quale giudice di secondo grado, ma anche allorché lo sia in primo ed unico grado.

Appare, quindi, opportuno, anche in considerazione del rilievo che nel presente incontro non è stato trattato specificamente il processo cautelare, come novellato dalla legge 353/90, fare alcuni cenni di carattere generale sull'argomento.

2. Caratteristiche generali del nuovo processo cautelare.

È noto che la scelta operata dal legislatore della riforma è stata nel senso di ricondurre ad unità i diversi procedimenti cautelari esistenti nel nostro ordinamento; tale scelta espressamente attuata per i provvedimenti contemplati dagli artt. 670 e segg. c.p.c., ed imposta, con il limite della compatibilità, per gli altri analoghi provvedimenti esistenti nel nostro ordinamento, disseminati nel codice di rito, nel codice civile e nelle c.d. leggi speciali (art. 669-quaterdecies), conferma la tesi dell'applicabilità delle disposizioni espressamente dettate anche ai casi di ricorso cautelare presentato in grado d'appello ed ai casi di ricorso di competenza della Corte quale giudice di primo grado, previsti dai codici, civile e di rito, e dalle legislazioni speciali.

La definizione dell'ambito di operatività del nuovo processo cautelare in relazione ai provvedimenti già contemplati dal codice di procedura civile è data dall'art. 74 della legge 26 novembre 1990 n. 353, che ha introdotto dopo l'art. 669 c.p.c., nel libro quarto, titolo primo, capo terzo, una prima sezione intitolata "Dei provvedimenti cautelari in generale", con la conseguente rinumerazione delle sezioni successive, divenute sezioni II, III, IV, V.

Come già si è accennato, l'ambito di applicazione del nuovo processo cautelare è individuato dall'art. 669-quaterdecies. In primo luogo, vi è un richiamo preciso alle sezioni II, intitolata "del sequestro", III, intitolata "dei procedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto", V, intitolata "dei provvedimenti d'urgenza"; mentre per la sezione IV dedicata ai "procedimenti di istruzione preventiva" è richiamato solo l'art. 669-septies, relativo alla riproponibilità della domanda ed al provvedimento sulle spese processuali, onde non si applica la disciplina generale. Meno precisa e sicuramente più problematica è la scelta effettuata dal legislatore di ricondurre al medesimo schema processuale anche le misure cautelari previste al di fuori delle indicate sezioni del codice di rito, e quindi nel codice civile e nelle leggi speciali, con la riserva di compatibilità, di cui si è detto, estremamente indefinita e difficile a definirsi.

Va ricordato che, in forza della legge 4-12-92 n. 477 (in G.U. 12-12-92 n. 292), per le misure cautelari le modifiche apportate dalla legge 353/90 sono operative dal 1° gennaio '93.

Senza dilungarsi sulle particolarità della procedura introdotta con la legge di riforma, i caratteri informatori del nuovo processo cautelare possono così sinteticamente indicarsi:

- previsione espressa della forma del ricorso, anche in corso di causa,
- attribuzione della competenza, sia ante causam che in corso di causa al giudice competente per il merito,
- disciplina organica ed unitaria della trattazione, con accentuazione dei principi del contraddittorio e di strumentalità della misura cautelare,
- disciplina dell'ipotesi di rigetto, con una tendenziale preclusione alla sua riproponibilità,
- predisposizione del reclamo,
- potere di modifica e revoca da parte del giudice di merito in presenza di mutamenti nelle circostanze,
- regolamentazione della cauzione e delle forme di esecuzione (norme in parte specifiche per i sequestri),
- eliminazione del giudizio di convalida (regolamentazione specifica per i sequestri).

La "reductum ad unum" imposta con la riforma ha determinato l'espressa abrogazione di quegli articoli che disciplinavano in modo autonomo il procedimento per le misure cautelari tipiche (ad esempio per i sequestri, gli artt. 672, 673, 674, 680, 681, 682 e 683), nonché, tramite elaborazioni interpretative della giurisprudenza, l'estensione analogica del nuovo processo cautelare anche alle misure cautelari disseminate nel codice civile e nella legislazione speciale, fatto salvo il limite della compatibilità voluto dal già citato art. 669-quaterdecies.

Va ricordato che in relazione alla competenza la precedente struttura prevedeva la proponibilità del ricorso cautelare, anteriormente all'inizio del giudizio di merito, al pretore, o in corso di causa al giudice già investito del merito (salve alcune particolarità per i provvedimenti tipici; ad es. per i sequestri in corso di causa la competenza era del Presidente del Tribunale competente a conoscere del merito, ma era anche possibile investire della questione, per evidenti ragioni di immediatezza della cognizione e dell'esecuzione del provvedimento, il pretore o il Presidente del Tribunale competente per valore del luogo in cui il sequestro doveva essere eseguito).

È rimasta la distinzione fra domanda cautelare anticipata rispetto alla pendenza della causa di merito, e domanda proposta incidentalmente rispetto al giudizio pendente, ma entrambe dette ipotesi individuano come esclusiva la competenza del giudice competente per il merito.

La previsione di cui al secondo comma dell'art. 669-ter ripropone, generalizzandola, la regola già stabilita dal secondo comma dell'art. 672 abrogato, disponendo che ove la causa di merito appartenga alla competenza del conciliatore (ora del giudice di pace), la domanda si propone al pretore; analogamente il terzo comma dell'abrogato art. 673, per l'istanza di sequestro in corso di causa, è riproposto dal terzo comma dell'art. 669-quater.

Per la competenza in corso di causa sono, poi, espressamente fornite alcune opportune precisazioni, che hanno dato una risposta codificata ad incertezze che, comunque, l'elaborazione giurisprudenziale già era intervenuta a risolvere si veda per esempio l'ipotesi in cui l'istruttore non

sia stato ancora nominato; superflua sembra al contrario la regolamentazione data per il caso di giudizio sospeso o interrotto, in quanto in simile ipotesi il giudizio rimane pur sempre assegnato al precedente istruttore (cfr. 3° comma dell'art. 297, o l'art. 302 c.p.c.).

Ulteriore eccezione alla regola della coincidenza fra giudice cautelare e giudice del merito si rileva nell'ipotesi in cui non sussista la giurisdizione del giudice italiano a conoscere della causa di merito qui permessa, l'alternativa fra giudice che sarebbe competente per materia o per valore, del luogo ove deve essere eseguito il provvedimento cautelare. Tale previsione va messa in rapporto con i criteri stabiliti dall'art. 4 c.p.c. per la giurisdizione dei giudici italiani nei confronti dello straniero, ed in particolare con il n. 3 di tale articolo, che contempla appunto la domanda di provvedimenti cautelari da eseguirsi nello Stato o relativi a rapporti dei quali il giudice italiano può conoscere. Va rilevato che il disposto del n. 3 dell'art. 4 c.p.c. è fatto salvo dall'art. 3 della Convenzione di Bruxelles del 27-9-68 (concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ratificata dall'Italia con legge 21-6-71 n. 804), che ha, al contrario, previsto l'inoperatività dei nn. 2 e 4 dello stesso articolo.

Va ricordata la disposizione dell'art. 24 della Convenzione citata, che consente che i provvedimenti provvisori o cautelari, previsti dalla legge di uno Stato contraente, siano richiesti all'autorità giudiziaria di detto Stato anche se, in forza della medesima Convenzione, la competenza a conoscere nel merito sia riconosciuta al giudice di altro Stato contraente.

L'intera materia è stata di recente innovata con la legge 31 maggio 1995 n. 218 (in Suppl. ord. G.U. n. 128 del 3-6-95), "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato". L'art. 10 di tale legge prevede che, in materia cautelare, la giurisdizione italiana sussiste quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia o quando il giudice italiano ha giurisdizione nel merito.

In forza del disposto del sesto comma dell'art. 669-quater le misure cautelari possono essere richieste al giudice che sarebbe competente per materia o valore, del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare, anche nel caso in cui l'azione civile sia stata esercitata o trasferita nel processo penale, essendo espressamente fatta salva la già esistente possibilità per il P.M. e per la parte civile costituita di chiedere al giudice penale il sequestro conservativo dei beni dell'imputato e del responsabile civile, se vi è fondata ragione che si disperdano le garanzie patrimoniale generiche.

Va, poi, ricordato che per le controversie compromesse ad arbitri, a norma dell'art. 818 c.p.c., gli arbitri, non possono emettere provvedimenti cautelari; questi, sia anteriormente al giudizio arbitrale, sia durante la sua pendenza, saranno richiesti al giudice che sarebbe stato competente a conoscere il merito.

In linea con la scelta operata dal legislatore di abolire il giudizio di convalida del sequestro, è stata disposta l'abrogazione del capoverso dell'art. 818.

L'art. 818 non ha subito modifiche ad opera della recente legge 5 gennaio 1994, n. 25, "Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale". È utile rilevare che tale legge ha introdotto un ulteriore comma all'art. 669-octies (sull'inizio del giudizio di merito a seguito del provvedimento di accoglimento ante causam di una misura cautelare) del seguente tenore: "Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti (termini non superiori o pari a trenta giorni), deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri".

In materia di competenza va ancora rilevato che l'impianto dato al processo cautelare non prevede alcuna norma che conferisca potere cautelare in genere al giudice civile ordinario anche nelle materie sottratte alla sua giurisdizione. Il terzo comma dell'art. 672, anch'esso abrogato, consentiva infatti, almeno per i sequestri, tale possibilità, prevedendo che in simili casi l'istanza di sequestro avrebbe potuto essere proposta al pretore o al Presidente del Tribunale competente per valore del luogo in cui il sequestro avrebbe dovuto essere eseguito. Per materie riservate al giudice amministrativo o al giudice tributario sembrerebbe quindi esclusa la possibilità di richiedere misure

cautelari, o meglio di richiederle al giudice ordinario. La disposizione va letta nell'ottica della riforma del processo tributario e del maggior potere cautelare che la giurisprudenza più recente sembra riconoscere anche al giudice amministrativo (v. le indicazioni date dalla Corte Cost. con le sentenze n. 190 del 28-6-85, in Foro it. 1985, I, 1881, e n. 66 del 26-3-86, ivi 1986, I, 1496, nonché gli interventi della Corte Costituzionale sull'art. 21, ult. comma, legge 6-12-71 n. 1034). La recente riforma del contenzioso tributario, di cui ai Decreti Legislativi n. 545 e n. 546 del 31-12-92, ha per la prima volta introdotto, secondo le indicazioni di cui all'art. 30 della legge delega n. 413 del 30-12-91, un procedimento cautelare incidentale, ai fini della sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato.

Quanto al procedimento, di particolare rilievo in relazione alla materia cautelare è l'eccezionalità dell'adozione del provvedimento con decreto inaudita altera parte (ex art. 669-sexies solo allorché "la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento"), imponendo come normale la convocazione delle parti e la decisione mediante ordinanza, sia in ipotesi di accoglimento che di rigetto.

La scelta operata dal legislatore di eliminare il giudizio di convalida del sequestro, introducendo i rimedi del reclamo (art. 669-terdecies) e quello della revoca o modifica del provvedimento nel corso della causa di merito (art. 669-decies), si inquadra nell'ottica di ovviare agli inconvenienti derivanti dal protrarsi del provvedimento cautelare, anche durante il corso di più gradi di giudizio ed anche nel caso di decisione negativa sul merito in primo grado, fino al passaggio in giudicato della sentenza.

Altra modifica introdotta dalla riforma è data dalla previsione della cauzione di cui all'art. 669-undecies, finalizzata e commisurata all'eventuale risarcimento dei danni, laddove il precedente art. 674, ora abrogato, la commisurava espressamente anche alle spese.

La "cautio pro expensis" per l'istanza di sequestro, sopravvissuta alla sanzione di incostituzionalità dell'art. 98 c.p.c., pronunciata con sentenza n. 67 del 23-11-60 della Corte Costituzionale, è pertanto stata abolita dalla riforma.

La mancata prestazione della cauzione è sanzionata con l'inefficacia del provvedimento dal terzo comma dell'art. 669-novies, in linea con l'orientamento già manifestato al riguardo dalla giurisprudenza (Cass. 11-11-59 n. 3334, 16-1-87 n. 331).

In merito alla revoca o modifica del provvedimento cautelare provvede l'art. 669-decies della novella (modifica o revoca nel corso dell'istruzione in presenza di mutamenti nelle circostanze), cui si affianca, per i sequestri, la particolare ipotesi di revoca prevista dall'art. 684, non abrogato. Anche in futuro, quindi, il debitore potrà ottenere la revoca del sequestro conservativo, prestando idonea cauzione per l'ammontare del credito e per le spese, commisurata al valore delle cose sequestrate; detta cauzione rimane così assoggettata al vincolo del sequestro al posto della cosa sequestrata. Nulla è mutato per quanto riguarda la disciplina della vendita delle cose deteriorabili di cui all'art. 685 c.p.c., che analogamente dispone che il prezzo ricavato dalla vendita rimane sequestrato in luogo delle cose vendute.

Quanto all'esecuzione dei provvedimenti cautelari, mentre non è intervenuto alcun cambiamento in relazione al sequestro giudiziario, secondo quanto disposto dall'art. 677, espressamente fatto salvo dall'art. 669-duodecies, prima parte, l'esecuzione del sequestro conservativo sui mobili e sui crediti è stata nuovamente disciplinata mediante la sostituzione del primo comma dell'art. 678, con l'abolizione di quei collegamenti rispetto al giudizio di convalida prima necessari, ma nella prospettiva della riforma superati con la soppressione di questo istituto.

È previsto che il giudizio sull'accertamento degli obblighi del terzo rimanga sospeso fino all'esito di quello di merito; non è precisato se con tale ultima espressione si intenda o meno il passaggio in giudicato della sentenza sul merito, ovvero di una pronuncia esecutiva che determini la conversione del sequestro in pignoramento (v. l'ampia trattazione di Pototschnig, L'esecuzione dei sequestri nel sistema della legge 353/1990, in Riv. dir. proc. 1992, p. 496 e ss., 771 e ss.; Consolo, Luiso, sassani,

La riforma del processo civile, Milano 1991, p. 551; Zumpano, Sequestro conservativo e giudiziario, in Enc. dir. XLII, Milano 1990, p. 127).

Per l'esecuzione del sequestro conservativo dei mobili e dei crediti è richiamato l'art. 547 c.p.c, in materia di dichiarazione del terzo e l'art. 610 per le difficoltà che possano sorgere nel corso dell'esecuzione e che non ammettano dilazioni. In tema di sequestro conservativo di immobili, l'art. 679 c.p.c, rimasto immutato, ne dispone l'esecuzione mediante trascrizione del provvedimento presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari del luogo in cui i beni sono situati, richiamando per la custodia l'art. 559.

Bisogna infine tener presente, per quanto riguarda il disposto dell'art. 686 c.p.c., concernente la conversione del sequestro conservativo in pignoramento, che è intervenuta una modifica del primo comma dell'art. 156 disp. att., ad opera dell'art. 85 della novella. Coerentemente con l'abolizione della convalida non è più previsto che il sequestrante, unitamente alla sentenza di condanna, depositi nella Cancelleria del giudice competente per l'esecuzione copia della sentenza di convalida del sequestro.

L'art. 86 della novella ha, poi, introdotto l'art. 156-bis delle disposizione di attuazione, per disciplinare l'esecuzione sui beni sequestrati in forza di sentenza straniera o di lodo arbitrale, stabilendo il termine perentorio di sessanta giorni, a pena di inefficacia del provvedimento, per proporre la domanda di esecutorietà della sentenza straniera o del lodo davanti all'autorità giudiziaria italiana.

L'istituto di maggior interesse della riforma è indubbiamente il reclamo contro i provvedimenti cautelari, previsto dall'art. 669-terdecies avverso le ordinanze di concessione del provvedimento cautelare, ed esteso dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 20/23-6-94 anche all'ipotesi di provvedimento di rigetto di un'istanza cautelare.

Come già si è detto è solo in questa norma che il legislatore mostra di aver presente la competenza della Corte d'Appello ad emettere provvedimenti cautelari, laddove è previsto che il reclamo avverso simili provvedimenti si propone ad altra sezione della stessa Corte o, in mancanza, alla Corte d'Appello più vicina.

3. La competenza cautelare della Corte d'Appello quale giudice di secondo grado.

Tornando all'argomento oggetto della presente relazione, possiamo osservare come la previsione della competenza per il riesame ad altra sezione della stessa Corte o, in mancanza, alla Corte d'Appello più vicina induca a ritenere che la Corte d'Appello decida in sede cautelare nella sua composizione collegiale: diversamente, infatti, in analogia con quanto previsto per i provvedimenti del giudice singolo del Tribunale, il reclamo sarebbe rimesso alla competenza del collegio e non sarebbe stato necessario il riferimento ad altra sezione o ad altra Corte d'Appello.

Circa la previsione in esame (2° comma art. 669-terdecies), si può ancora rilevare come il legislatore non abbia mostrato di aver presenti i casi in cui il Tribunale agisce quale giudice di secondo grado, in composizione collegiale, secondo il disposto dell'art. 48 R.D. 30 gennaio 1941 n. 12, nel testo novellato dall'art. 88 della legge 353: il già esaminato disposto del secondo comma dell'art. 669-terdecies riguarda, infatti, espressamente la sola Corte d'Appello (sul punto cfr, G. Frus, in "Le riforme del processo civile" a cura di S. Chiarloni, p. 625 e G. Oberto, "Il nuovo processo cautelare", p. 124). Ancora va rilevato come la legge 353 non si occupi dei casi in cui la Corte d'Appello agisce quale giudice di primo ed unico grado.

Completando l'analisi delle ipotesi in cui la corte agisce come giudice di secondo grado va ricordato che a norma dell'art. 350, come modificato dall'art. 55 della legge 353, la trattazione dell'appello è collegiale. Le osservazioni prima svolte in merito alla previsione della competenza sul riesame confermano la conclusione che quale giudice di secondo grado la Corte decide in composizione collegiale anche sulle istanze cautelari.

In sede di regime transitorio tale conclusione ha dato, tuttavia, luogo a notevoli incertezze: va ricordato, infatti, che mentre le disposizioni riguardanti il processo cautelare sono entrate in vigore fin dal 1° gennaio 1993 (ex legge 4-12-92 n. 477), a seguito di successivi provvedimenti legislativi di rinvio e di modifica del regime transitorio, la norma di cui il citato art. 350 è entrata in vigore solo per i giudizi iniziati dopo il 30 aprile 1995; infatti, in forza dell'art. 90, come modificato da ultimo dall'art. 9 del d.l. 9-8-95 n. 347, ai giudizi pendenti alla data del 30 aprile 1995 si applicano le disposizioni vigenti anteriormente a tale data.

Tuttavia la volontà manifestata dal legislatore di far entrare in vigore il nuovo processo cautelare, prima delle altre disposizioni, ha indotto nella pratica a radicare da subito la competenza collegiale della Corte per l'esame dei ricorsi cautelari depositati in giudizi pendenti anche anteriormente al 30 aprile 1995, privilegiando le indicazioni che scaturivano dal 2° comma dell'art. 669-terdecies.

È diversa opinione che, fino al 30 aprile 1995 ed anche in seguito per i giudizi già pendenti a quella data, i provvedimenti cautelari rimangano nella sfera delle attribuzioni dell'istruttore. Da ciò discenderebbe o, addirittura, che detti provvedimenti non sarebbero suscettibili di reclamo, oppure che il reclamo avverso i provvedimenti del giudice singolo andrebbe proposto al collegio, previsione questa dettata per i provvedimenti di competenza del Tribunale, ma non per quelli di competenza della Corte d'Appello che, come si è visto, sono reclamabili ad altra sezione o ad altra Corte.

La Corte d'Appello di Milano, ad esempio, dopo alcune incertezze, ha ritenuto che tale orientamento non possa essere condiviso, osservando che, se è vero che la tutela cautelare è strumentale a quella di merito, tale strumentalità funzionale non può far venir meno l'autonomia strutturale del processo cautelare. Uno dei principi cardine di tale procedimento è dato dalla reclamabilità ad altra sezione della stessa Corte o ad altra Corte d'Appello vicina. Ritenendo che i provvedimenti cautelari per i giudizi pendenti continuino a restare nella sfera delle attribuzioni dell'istruttore, ne deriverebbe la non reclamabilità del provvedimento, conseguenza non accettabile sotto il profilo sistematico. Inoltre, la Corte milanese ha osservato che l'art. 4, 5° comma, del d.l. 7-10-1994 n. 571 ha ribadito l'applicabilità "in quanto compatibile" dell'art. 74 della legge 353 ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del decreto stesso; non vi sono ragioni per sostenere l'incompatibilità tra il citato art. 74 e la disciplina delle cause di merito pendenti in grado d'appello iniziate, in prima istanza, prima del 1° gennaio 1993. Alla luce delle riportate considerazioni la Corte d'Appello di Milano ha ritenuto che le domande di provvedimenti cautelari presentate alla Corte stessa andassero proposte al collegio e da questo decise.

4. Competenza cautelare della Corte quale giudice di primo ed unico grado.

Analoga problematica si pone per i casi in cui la Corte funzioni quale giudice di primo ed unico grado.

Le materie per le quali il legislatore ha ritenuto, per ragioni di speditezza, di omettere un grado di giudizio nel nostro ordinamento non sono poche e, soprattutto, non sono di scarso rilievo: si pensi al contenzioso elettorale, ai giudizi di delibazione di sentenza straniera alle competenze individuate da convenzioni internazionali sulle esecuzioni delle decisioni in materia civile e commerciale (e comunque alle competenze tuttora riservate alla corte d'Appello in questa materia, anche dopo la novella del sistema di diritto internazionale privato ed all'abrogazione degli artt. 796/805 c.p.c., introdotte con la già ricordata legge 31 maggio 1995 n. 218), alla delibazione di sentenza ecclesiastica dichiarativa di nullità di matrimonio, alle impugnazioni dei lodi arbitrali (artt. 828 e ss c.p.c., nel testo modificato dalla legge 5 gennaio '94 n. 25), all'opposizione alla stima dell'indennità di esproprio e di occupazione, infine alla competenza riservata alla corte d'appello dalla legge nazionale anti-trust (legge 10 ottobre 1990 n. 287). In tutti tali procedimenti può prospettarsi il ricorso a misure cautelari e, quindi, la relativa competenza della corte; l'art. 33 della citata legge n.

287/1990 prevede uno specifico potere cautelare della Corte d'Appello, cui spesso di recente è stato fatto ricorso.

Si è ritenuto che in questi casi, agendo la corte quale giudice di primo grado, il procedimento si debba svolgere con le forme previste per tale grado di giudizio e non con trattazione collegiale. Da ciò dovrebbe discendere che per la competenza cautelare si applichino analogicamente le previsioni di cui agli artt. 669-ter e quater (in tal senso G. Frus, op. cit., p. 636, Consolo, in Consolo, Luiso, Sassani, "La riforma del processo civile", p. 448, Proto Pisani, "La nuova disciplina del processo civile", p. 337, Saletti, "Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari", p. 361; di diverso avviso è invece Olivieri, "I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile", p. 698). Il reclamo, quindi, essendo stato il provvedimento emesso dal consigliere istruttore, andrebbe proposto al collegio della stessa corte, collegio di cui non dovrebbe far parte il predetto istruttore (G. Oberto, "Il nuovo processo cautelare", p. 124; Attardi, "Le nuove disposizioni sul processo civile" p. 258, Consolo, op. cit. p. 530; Saletti, op. cit. p. 378, ritiene, invece, che si dovrebbe fare comunque applicazione del disposto del secondo comma dell'art. 669-terdecies riguardante altra sezione della corte o la corte d'appello più vicina).

Ciò premesso, è interessante rilevare che la giurisprudenza formatasi fino ad oggi non sembra essersi uniformata alle indicazioni della dottrina, sopra riportate, ma ha preferito investire il collegio della decisione dei provvedimenti cautelari, privilegiando l'interpretazione letterale fondata sulla ricordata disposizione dell'art. 669-terdecies.

Questa, ad esempio, è stata la scelta unanime delle corti d'appello adite per i provvedimenti cautelari di cui all'art. 33 della legge 287, di cui meglio si dirà in seguito.

5. La competenza cautelare di cui all'art. 33 della legge 10 ottobre 1990 n. 287.

A scopo esemplificativo, ma anche in relazione al vivo interesse suscitato dalla normativa nazionale anti-trust e dai provvedimenti cautelari di competenza della corte d'appello, appare utile esaminare in modo più approfondito le disposizioni di cui al citato art. 33 l. 287/90.

È noto che tale norma disciplina la "competenza giurisdizionale", regolando la suddivisione della giurisdizione spettante ai vari organi contemplati dalla stessa legge in materia di provvedimenti anti-trust nell'ambito dell'ordinamento italiano. Il primo comma stabilisce la giurisdizione esclusiva del TAR del Lazio per i ricorsi avverso i provvedimenti adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della stessa legge 287; il secondo comma rimette, invece, alla Corte d'Appello competente per territorio "le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alle violazioni delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV".

Non spetta a questa relazione l'approfondimento circa la scelta di rimettere alla giurisdizione esclusiva del TAR del Lazio l'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità garante.

Esaminando, invece, il secondo comma, va osservato come la previsione concerna due diversi ruoli rimessi alla Corte d'Appello, l'uno quale giudice delle azioni di nullità e di risarcimento del danno, l'altro quale giudice della tutela urgente.

Va rilevato come l'indicazione delle azioni di nullità e di risarcimento del danno non esaurisca certo tutte le possibili azioni che il soggetto che si assume leso nei propri diritti da una violazione della normativa anti-trust potrebbe proporre nei confronti del preteso responsabile della violazione; permangano spazi di tutela in forza delle sempre valide norme dettate in materia di concorrenza dal codice civile ovvero con riferimento a violazioni degli artt. 85 e 86 del Trattato di Roma, dovendosi in tal caso individuare la competenza del tribunale, in base alle regole ordinarie di competenza. Ed ancora, vanno tenute presenti quelle ipotesi sempre individuabili nell'ambito delle violazioni della disciplina nazionale anti-trust in cui non si possa esperire un'azione di nullità o di risarcimento del danno (non sempre è ipotizzabile un'azione di nullità: si pensi, ad esempio, a casi di abuso di

posizione dominante o di boicottaggio e non sempre si è già prodotto un danno di cui chiedere il risarcimento), ovvero si preferisca scegliere altre strade e formulare domande diverse rispetto a quelle contemplate da dette azioni (azioni di accertamento, domande inibitorie, domande costitutive).

La competenza rimessa alla Corte d'Appello determina naturalmente la configurazione di un giudizio in unico grado, sul quale permarrà solo il controllo di legittimità della Cassazione.

La scelta di omettere un grado del processo è dettata evidentemente da ragioni di rapidità e di economia di giudizio, nell'intento, perseguito solo parzialmente, di istituire un giudice specializzato per la materia. La parzialità del programma iniziale è evidente, laddove, nel momento in cui si è individuata la competenza della Corte, se ne è ristretto l'ambito alle sole azioni di nullità e di risarcimento del danno e si è conferito al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva per le ipotesi in cui si impugni un provvedimento dell'autorità garante.

Va ricordato, in proposito, che nel disegno di legge Rossi (disegno di legge n. 1012 Senato, art. 23) era prevista l'istituzione di una sezione specializzata presso la Corte d'Appello "con competenza esclusiva per le cause relative alle violazioni delle norme della presente legge anti-trust", mentre il disegno di legge Battaglia rimetteva al Tribunale civile di Roma l'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità (disegno di legge n. 1249 Senato, art. 10.6). Non sono chiare le concrete ragioni, al di là di ipotizzabili problemi di organizzazione giudiziaria, che hanno portato a disattendere entrambe queste scelte.

La competenza della Corte in unico grado ha dato adito ad eccezioni di incostituzionalità, formulate già in alcuni procedimenti proposti in base all'art. 33 e facilmente disattesi dai giudici che se ne sono occupati, con richiamo alla giurisprudenza formatasi per altre analoghe scelte del legislatore. La prima ad occuparsene è stata la Corte d'Appello di Milano, nel procedimento M.Y.C. s.r.l., Red Line s.r.l., M.G.R. s.r.l. contro A.F.I., Virgin Dischi s.r.l., Polygram s.r.l. e con l'intervento di S.I.A.E. ed altri, conclusosi con ordinanza 22.1/5-2-92, e poi ancora la stessa Corte milanese nella causa B.B. CENTER s.a.s. contro Parabella s.r.l., conclusosi con sentenza 21-3-5.

Va, innanzitutto, osservato come il doppio grado di giudizio non sia principio tutelato dalla norma costituzionale (la Corte Costituzionale lo ha ripetutamente escluso, v. sent. nn. 62/1981, 8/1982, 69/1982, 52/1984, 78/1984) e come il legislatore sia pertanto sovrano nell'esercizio del potere discrezionale di distribuire le competenze fra giudici diversi, purché precostituiti. La individuazione di un giudice specializzato, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, non incorre infatti nel divieto di costituire giudici speciali, onde a tale verifica avrebbero retto anche entrambe le scelte ipotizzate nei due disegni di legge di cui prima si è detto.

Compete naturalmente sempre al giudice vagliare se in relazione alla singola fattispecie sia ravvisabile una disparità di trattamento a fronte di situazioni omogenee tale da rendere rilevante e non manifestamente infondata la questione di incostituzionalità della deroga al doppio grado di giurisdizione.

Per il caso che qui ci occupa, è stata prospettata violazione degli artt. 3 e 24 della Cost., nel rilievo che la tutela giurisdizionale della concorrenza è attribuita alla Corte d'Appello quale giudice in unico grado nel solo caso di violazione della disciplina interna e non anche di quella comunitaria della concorrenza, per la quale permane la competenza tradizionale del Tribunale, in base alle regole ordinarie di competenza per valore. Altro profilo prospettato (v. ad esempio il caso di cui alla seconda delle citate ordinanze della Corte d'Appello di Milano) attiene al frazionamento dei giudizi che deriverebbe dall'esclusione della competenza della Corte per domande subordinate o connesse articolate in base alle norme di diritto comune, ovvero di normativa anti-trust, diverse da quelle di nullità e di risarcimento del danno. I giudici che se ne sono occupati hanno risposto che è da escludere che l'esercizio del diritto di difesa sia reso eccessivamente difficile dal concorso di differenti possibili azioni davanti ad organi diversi.

Nel primo dei procedimenti sopra ricordati era stato prospettato anche un altro profilo di incostituzionalità, ravvisandosi violazioni di Convenzioni internazionali cui l'Italia avrebbe aderito,

violazioni escluse dai giudici milanesi nel rilievo che il principio nella specie invocato (art. 14.5 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, di cui alla legge 25-10-1977 n. 881) non riguardava il processo civile, e che tra le prescrizioni contenute nell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali legge 4-8-1955 n. 848) non è rinvenibile quella relativa al doppio grado di giurisdizione nel merito.

Altro problema interpretativo posto dall'art. 33 attiene alla possibilità o meno di estendere l'ambito di competenza riservato alla Corte d'Appello, ricomprendendovi azioni diverse rispetto a quelle espressamente indicate (di nullità e di risarcimento del danno). Tale ipotizzata estensione assume valenza diversa per la previsione del giudizio di merito rispetto a quella del giudizio cautelare, stante la diversa formulazione contenuta nel secondo comma dell'art. 33 per l'una e per l'altra ipotesi. Mentre per il giudizio di merito la lettera della norma vale a restringere la portata della competenza giurisdizionale rimessa alla Corte d'Appello entro limiti precisi, non altrettanto può dirsi, sempre limitandosi al solo significato delle espressioni usate (non così, come si vedrà in seguito, in una lettura sistematica delle parole usate nel contesto generale) per la materia dei provvedimenti d'urgenza.

Con riferimento alla cognizione di merito è stata formulata l'ipotesi che la lettera della norma sia suscettibile di estensione analogica anche ad altre azioni diverse rispetto a quelle espressamente contemplate (sembra di questa opinione, sia pure in termini dubitativi, C. Alessi, in Alessi-Olivieri, "La disciplina della concorrenza e del mercato", Quaderni di diritto commerciale europeo, Torino 1991, p. 171). Ritengo, al contrario, in considerazione dell'espresso dettato del secondo comma dell'art. 33, e dell'eccezionalità di simile disposizione, anche in relazione alla deroga del doppio grado di giudizio, che non possa pensarsi ad una sua estensione analogica. Va, in proposito, tenuto presente il disposto dell'art. 14 delle preleggi, per il quale le leggi che fanno eccezione a regole generali, e tale deve essere considerata la regola del doppio grado di giudizio, non possono applicarsi oltre i casi e i tempi in esse contemplati.

In tal modo indubbiamente si tradisce l'intento della norma in esame (attribuire la competenza per le cause in materia anti-trust ad un organo specializzato e di grado elevato, ma, come già prima ho rilevato, l'intento del legislatore è rimasto conclamato e sicuramente non attuato, se non entro limiti molto ristretti.

La giurisprudenza si è schierata su tale interpretazione letterale e restrittiva del secondo comma della norma in esame, avendo escluso tutti i giudici investiti di domande diverse rispetto a quelle di nullità e risarcitorie (anche in sede di provvedimenti d'urgenza strumentali ad azioni diverse da queste, con la sola eccezione della Corte d'Appello di Torino, come meglio si vedrà in seguito) sia che si possa affermare una competenza più ampia della Corte a fronte di domande diverse, per petitum e per causa petendi, sia che sussista una vis attractiva della competenza per le azioni di nullità e di risarcimento del danno rispetto alla competenza su domande diverse, con queste cumulativamente, alternativamente o subordinatamente proposte. Un esempio puntuale si è avuto nel caso già citato B.B. center s.a.s. contro Parabella s.r.l., dove, assieme alla domanda principale, avente ad oggetto l'accertamento della nullità di un contratto di franchising per violazione dell'art. 2.2 della legge 287/90, in via gradatamente subordinata venivano formulate domande di nullità a norma dell'art. 85 del trattato CEE, nonché, in base al codice civile, domanda di nullità per nullità dell'oggetto, di annullamento per dolo o per errore, e di accertamento dell'inadempimento della controparte, in tutti i casi con le conseguenti richieste restitutorie o risarcitorie.

La Corte, ritenendo in astratto ammissibili le domande anche restitutorie, oltre a quelle risarcitorie, formulate in termini consequenziali all'azione di nullità, ha escluso la propria competenza sulle altre domande, nel rilievo che, essendo quella rimessa alla Corte una competenza funzionale, stabilita dal legislatore con riguardo a materie determinate, la stessa non potesse essere estesa a materie diverse ancorché connesse a quelle per le quali la predetta competenza è stabilita.

Quanto al procedimento per il giudizio di merito che si svolge in unico grado davanti alla Corte non sono da segnalare particolarità rispetto al sistema generale.

Come già ricordato, la legge di riforma del processo civile n. 353 del 26 novembre 1990, emanata a distanza di circa un mese dalla normativa anti-trust (ma i due corpi di norme non hanno alcun reciproco riferimento, mentre, quantomeno per la materia cautelare, sarebbe stato opportuno un collegamento) ha reso la Corte, quale giudice dell'impugnazione, organo collegiale in ogni sua attribuzione (art. 350 c.p.c., come modificato dall'art. 55 della legge 353). La disposizione non dovrebbe incidere sul giudizio di merito di cui all'art. 33, secondo comma, poiché come si è visto questo non è qualificabile come giudizio di appello e si dovrebbe, quindi, articolare con le forme proprie del giudizio di primo grado. Non ha subito modifiche l'art. 359, primo comma, c.p.c., che per i procedimenti che si svolgono davanti alla Corte d'Appello prevede un generale rinvio alle norme relative al procedimento davanti al Tribunale, se non incompatibili. Da ciò consegue l'applicabilità anche delle norme del terzo, quarto e quinto comma dell'art. 168-bis, nel testo novellato dall'art. 12 della legge 353. Quindi il processo dovrebbe svolgersi davanti all'istruttore e pervenire al collegio solo in fase decisoria.

Comunque a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della riforma del processo civile (il decreto legge del 19 aprile 1995 ha previsto che ai giudizi pendenti alla data del 30 aprile 1995 continuino ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente a tale data, mentre per le cause cosiddette nuove, radicate successivamente a tale data, diverrà operativa la novella, secondo il disposto del citato decreto e del più recente decreto legge 9 agosto 1995 n. 347, tenute presenti anche le modifiche apportate dalla legge 4 dicembre 1992 n. 477, nonché del decreto legge 7 ottobre 1994 n. 571, convertito in legge 6 dicembre 1994 n. 673) circa il ruolo del Giudice d'Appello quale giudice in unico grado non si è ancora raggiunta un'uniformità di vedute, prospettandosi da alcuni che anche in tale veste la Corte d'Appello debba agire solo quale organo collegiale. E ciò per due ordini di ragioni: l'art. 350 sembra indicare un'unicità di rito, senza eccezioni; gli artt. 189, 190 e 190-bis c.p.c. e 48 del R.D. 30-1-41, n. 12 nel testo novellato, prefigurano un sistema autosufficiente, che non si ritiene possa coprire l'area dei giudizi svolgentisi in unico grado.

Del resto, la giurisprudenza non sembra aver avuto dubbi (non così la dottrina, come in precedenza si è visto) che in tale veste collegiale la Corte dovesse conoscere dei provvedimenti cautelari in materia anti-trust, tanto vero che tutti i ricorsi presentati sono stati discussi in udienza collegiale e si sono conclusi con ordinanza collegiale. La decisione della collegialità è stata assunta soprattutto con riferimento al disposto del secondo comma dell'art. 669-terdecies, che prevede il reclamo al Tribunale contro i provvedimenti del giudice singolo, ed il reclamo ad altra sezione della stessa Corte o, in mancanza, alla Corte d'Appello più vicina, quando il provvedimento cautelare è stato emesso dalla Corte d'Appello.

In dottrina, da parte di alcuni (oltre agli Autori già citati sull'argomento in linea generale, e di tale avviso Sergio La China, in *Concorrenza e mercato*, Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287 a cura di Vittorio Afferni, Cedam 1994, p. 671) è stato, invece, ritenuto che, essendo la Corte giudice non già di secondo grado, bensì di primo grado, non sarà tenuta ad agire sempre collegialmente, cosicché il provvedimento d'urgenza potrà essere concesso dal giudice unipersonale, secondo le regole degli artt. 669-ter, ult. comma, e 669-quater, c.p.v., sarà revocabile e modificabile dal consigliere istruttore, e reclamabile al collegio della Corte, senza la partecipazione del c.i. che ha concesso (o negato) il provvedimento, ai sensi dell'art. 669-terdecies, secondo comma, prima parte.

Va, ancora, rilevato che tutte le controversie non riconducibili alle azioni di nullità e di risarcimento danni e non riconducibili alla violazione della normativa anti-trust nazionale rimangono di competenza del Tribunale, secondo le regole ordinarie (la competenza per valore del Pretore è improbabile, stante i modesti limiti per valore, anche alla luce della nuova previsione dell'art. 8 c.p.c., come modificato dall'art. 3 della l. 353/90) e secondo la prassi radicata prima dell'entrata in vigore della legge n. 287.

Si tratta, più precisamente:

a) delle controversie fondate su violazioni della normativa anti-trust, diverse dalle azioni di nullità e di risarcimento;

b) delle controversie derivanti da violazione delle norme sulla concorrenza del Trattato CEE e delle norme dei Paesi terzi, laddove sia chiamato a conoscerne ed a farne applicazione il giudice nazionale;

c) delle controversie inquadrabili alla luce della normativa del codice civile, ed in particolare sulla scorta dell'art. 2598 c.c..

Può prospettarsi il caso che la medesima fattispecie sia sanzionabile in relazione ad ordinamenti diversi e che a fronte della stessa lesione siano proponibili azioni diverse, con la conseguenza che si potranno individuare più organi competenti e richiedere a ciascuno i rimedi di sua competenza, con un intricato concorso di interventi e con il rischio di giudizi contrastanti, cui solo in parte si potrebbe ovviare, nei limiti in cui l'ordinamento lo consente, mediante provvedimenti necessari o facoltativi, ma sicuramente opportuni, di sospensione (art. 294 e 295 c.p.c.).

Si ricordino a tal proposito i problemi di applicazione parallela del diritto nazionale e del diritto comunitario in materia di concorrenza e dell'applicazione parallela delle regole di concorrenza comunitarie da parte dei giudici nazionali e della Commissione delle Comunità Europee (artt. 65 e 66 del Trattato CECA, 85 e 86 del Trattato CEE, nonché norme da questo derivate, quali i regolamenti di esenzione per categorie emanati in base all'art. 85 n. 3; cfr. M. Merola-G. Rizza Bajardo, "Tutela della concorrenza nella legge n. 287 del 1990: rapporti con l'ordinamento comunitario, in *Giur. it.* 1991, IV, 520; M. Benedettelli, "Sul rapporto fra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza", in *Foro it.* 1990, IV, 235; G. Bernini, "Un secolo di filosofia anti-trust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana", Bologna 1991; A. Raffaelli, "I giudici nazionali ed il diritto comunitario della concorrenza", in *Riv. dir. civ.* 1994, II, p. 1).

Va ancora notato che, qualora davanti al giudice ordinario si eccepisca che la fattispecie non ricade nell'ambito di applicazione della legge anti-trust nazionale, questo giudice non dovrebbe e non potrebbe certo comportarsi come l'Autorità garante, ai sensi dell'art. 1, secondo comma, l. 287, che è tenuta a notiziarne la Commissione, trasmettendole tutte le informazioni in suo possesso e spogliandosi del caso. L'eccezione, ove fondata, varrebbe, invece, ad escludere la competenza attribuita alla Corte d'Appello dall'art. 33, a favore della competenza ordinaria distribuita secondo il criterio del valore fra Pretore (i limiti della sua competenza rendono improbabile la proposizione di un'azione davanti a detto giudice) e Tribunale.

La configurazione di una fattispecie quale violazione ricadente nell'ambito della legge nazionale in esame, ovvero nell'ambito di applicazione degli artt. 65 e/o 66 Trattato CECA, 85 e/o 86 Trattato CEE, non è quindi indifferente, dal momento che l'inquadramento nella prima ipotesi, determinando la competenza della Corte d'Appello, esclude un grado di giudizio.

I casi di incertezza che si sono delineati e le eccezioni formulate sul punto nel corso di giudizi promossi davanti alla Corte sono stati risolti con riferimento al principio di allegazione della parte ricorrente (cfr. sul punto App. Milano, ord. 5-2-92, M.Y.C. e al.; contro A.F.I. e al.; App. Roma 11-5-93, Parrini contro Bizzarri e al.).

Le problematiche sollevate in merito alla competenza rimessa alla Corte nella materia in questione ed ai rapporti fra detta competenza e quella rimessa all'autorità garante ed al giudice amministrativo, nonché fra detta competenza e quelle tuttora riservate al Tribunale sono apparse di intricata soluzione; le questioni, sicuramente interessanti, superano, tuttavia, i limiti della presente relazione.

Passando, invece, ad esaminare la competenza della Corte d'Appello in materia di provvedimenti d'urgenza, va ricordato che il secondo comma dell'art. 33 della legge 287 rimette alla competenza della Corte "i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV".

La tutela cautelare nella materia della concorrenza ha sempre rivestito un ruolo importante; interventi caratterizzati dalla rapidità e dalla strumentalità rispetto alla tutela ordinaria sono, infatti, previsti espressamente sia dall'ordinamento comunitario sia nell'ordinamento interno, e

ripetutamente sono stati assunti provvedimenti cautelari sia da parte delle istituzioni comunitarie sia da parte degli organi giurisdizionali italiani in attuazione delle norme dettate dal codice civile e dalla legislazione speciale sulla proprietà industriale e intellettuale.

Al momento dell'entrata in vigore della legge n. 287/90 i poteri cautelari dell'autorità giudiziaria italiana venivano in gran parte attuati secondo le forme previste dagli artt. 700-702 c.p.c. ed erano, quindi, rimessi, in epoca anteriore alla riforma di detto codice, alla competenza del pretore, ove l'intervento cautelare fosse richiesto prima dell'inizio del giudizio civile, ovvero, in caso contrario, alla competenza del giudice davanti al quale tale giudizio fosse già pendente.

Mentre la legge 287/90 ha introdotto uno specifico potere cautelare rimesso in unico grado alla Corte d'Appello, la legge di riforma del processo civile, come già si è detto, ha introdotto (art. 74), con la previsione di cui all'art. 669-ter, il principio secondo il quale, anche anteriormente alla causa di merito, la domanda si propone al giudice competente a conoscere del merito.

Va notato che, in particolare per i c.d. provvedimenti cautelari atipici di cui all'art. 700 c.p.c., manca una disciplina codificata in merito ai contenuti dei provvedimenti stessi ed ai poteri riservati ai giudici in detta materia, molto essendo rimesso alla elaborazione giurisprudenziale maturatasi ed alla esperienza che si è andata formando negli anni. Anche sotto il profilo delle competenze e del rito da seguire per il procedimento cautelare fino alla citata riforma non vi era stata una disciplina uniforme, bensì competenze e procedure variamente articolate per i diversi tipi di interventi cautelari richiesti, del codice di rito, del codice civile, e della legislazione speciale. La legge 353/90, dettando le nuove norme per il processo cautelare, ha inteso realizzare la unitarietà di detto processo, avendo, comunque, posto una riserva di compatibilità (v. art. 669-quaterdecies) fra le norme dettate dal codice civile e dalle leggi speciali, rispetto alla nuova disciplina, riserva che pone notevoli problemi interpretativi. Come si è visto al punto 2, la legge n. 353 ha innovato l'intera materia cautelare con l'inserimento dopo l'art. 669 c.p.c. di una nuova sezione, intitolata "dei provvedimenti d'urgenza in generale" ed articolata in quattordici articoli, rubricati come artt. da 669-bis a 669-quaterdecies. Il c.d. nuovo processo cautelare è entrato in vigore nel gennaio '93, in forza della legge 4-12-92 n. 477, ed ha quindi già avuto un significativo periodo di prova. In tale quadro si è innestato il rapido riferimento ai provvedimenti d'urgenza, contenuto nel secondo comma dell'art. 33 della legge 287.

L'espressione utilizzata da tale norma, "provvedimenti d'urgenza" rende immediato il richiamo alla mente dei provvedimenti c.d. cautelari atipici, di cui agli artt. 700 e segg. c.p.c. (già sez. IV, attuale sez. V, del capo 3°, titolo I, libro IV, intitolata appunto "Dei provvedimenti d'urgenza"): nei procedimenti fino ad ora intentati davanti ai giudici italiani, infatti, ci si è sempre richiamati alle forme ed ai presupposti dei provvedimenti d'urgenza di cui al citato art. 700.

Appare, tuttavia, probabile che fosse nelle intenzioni del legislatore fare riferimento generico ai provvedimenti di natura cautelare, ricomprendendo quindi non solo quelli atipici, ma altresì quelli tipici (si pensi ad esempio ai sequestri, ben ipotizzabili nella materia in esame), e che la dizione "provvedimenti d'urgenza" sia stata utilizzata in un'accezione ampia. Va, poi, rilevato che per il disposto già richiamato art. 669-quaterdecies della legge 353, le disposizioni sul nuovo processo cautelare trovano applicazione anche per i provvedimenti d'urgenza in materia anti-trust, con la particolarità (fatta salva dalla clausola "in quanto compatibili" di cui al medesimo art. 669-quaterdecies) della competenza della Corte d'Appello stabilita dall'art. 33 in esame. Si è già detto della scelta attuata, dopo alcune perplessità, di rimettere alla Corte in sede collegiale la cognizione dei provvedimenti d'urgenza in materia anti-trust.

L'applicazione delle nuove norme ha prodotto effetti importanti soprattutto ai fini della reclamabilità o impugnabilità del provvedimento, dovendosi ricordare che, ai sensi dell'ultima parte del secondo comma dell'art. 669-terdecies, il reclamo andrà proposto ad altra sezione della stessa Corte o, in mancanza, alla Corte d'Appello più vicina.

La competenza della Corte d'Appello in materia di provvedimenti d'urgenza anti-trust non è esente da incertezze, ove si consideri che per l'espressioni usate dal secondo comma dell'art.33, come già

sopra si è rilevato, non sono di competenza della Corte d'Appello tutte le possibili azioni civili in materia anti-trust, bensì solo quelle di nullità e di risarcimento del danno.

Sul punto può notarsi che nei primi provvedimenti della Corte d'Appello di Milano (le ordinanze 23-1-92, Cavirivest/Nuova Samim; 7-7-92, A.V.I.R./ENEL; 5-2-92, M.Y.C. e al., A.F.I. e al.; da ultimo la sentenza 21-3-95, B.B. Center/Parabella), seguiti da altre analoghe decisioni della Corte d'Appello di Roma (ordinanze 14-1/20-1-93, Gruppo Sicurezza/Soc. Aeroporti di Roma; 7-8/20-8-93, CMS/ENEL; 9-12/21-12-93 De Montis/Soc. Aeroporti di Roma) è stato rilevato che la competenza ad emettere provvedimenti d'urgenza debba essere interpretata nel contesto in cui è stata collocata, cosicché non possa prescindere dalla previsione normativa che l'accompagna, secondo la quale la Corte d'Appello è competente a conoscere delle azioni di nullità e di risarcimento del danno; conseguentemente alla Corte dovrebbero essere richiesti i soli provvedimenti d'urgenza strumentali a dette azioni. Tale interpretazione, seppure si discosta dalla semplice interpretazione letterale della norma (che richiama genericamente i provvedimenti d'urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni in materia anti-trust), appare ispirata a indubbi criteri logici e sembra soddisfare il principio di stretta inerenza fra processo cautelare e processo di merito, con la competenza di un unico organo giudicante a conoscere dell'uno e dell'altro giudizio, conclamato ed attuato dal legislatore della riforma del processo civile.

Permangono, tuttavia, alcune perplessità ove si osservi che la disposizione che concerne i provvedimenti d'urgenza ha una portata generale, facendo generico riferimento "alla violazione delle disposizioni di cui al titolo dal I al IV", cosicché, attenendosi alla lettera della legge, sembrerebbe che qualsiasi provvedimento d'urgenza nella materia in questione debba essere richiesto alla Corte d'Appello, sia nel corso del procedimento amministrativo davanti all'Autorità garante, sia, prescindendo da questo, prima o durante un qualsiasi giudizio civile promosso o da promuovere davanti alla Corte d'Appello o ad altro possibile giudice (in tale prospettiva, sembra porsi il provvedimento del Pretore di Torino, ordinanza 27-1-92 s.n.c. Bruzzone c. s.p.a. Chiquita Italia, che ha declinato la propria competenza ante causam, a favore di quella della Corte d'Appello; nonché la recente ordinanza della Corte d'Appello di Torino 20-1/17-2-95, Alitalia/SAGAT)). L'ultima soluzione prospettata creerebbe, però, l'inconveniente di rendere la fase cautelare completamente avulsa dal giudizio di merito (che potrebbe essere, ad esempio, di competenza del Tribunale), in contrasto con quanto si è voluto affermare con la riforma del processo cautelare, di cui già si è detto.

È stato in proposito osservato che il richiamo alle materie disciplinate dai titoli I-IV, ancorché ampio, non sarebbe esaustivo di tutte le possibili ipotesi suscettibili di tutela d'urgenza (v. in tal senso E. Dini e G. Mammone, "I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro", Giuffrè 1993, p. 140, e L. Sordelli, "Il primo provvedimento cautelare, secondo la legge nazionale anti-trust", in Riv. dir. ind. 1992, II, p. 62 e segg.).

Va, ancora, rilevata l'ulteriore imprecisione del richiamo alla "violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV", sia per quanto riguarda le azioni di nullità e di risarcimento del danno, sia per quanto concerne i provvedimenti d'urgenza. Se appare puntuale il richiamo al titolo primo (norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione), più incerto risulta quello ai titoli II e IV (rispettivamente disciplinanti, l'istituzione e i compiti dell'autorità garante ed i poteri del Governo in materia di operazioni di concentrazione). Ancor più problematico è, infine, il riferimento alle violazioni delle disposizioni di cui al titolo III, concernente i poteri conoscitivi e consultivi dell'Autorità. Non si comprende in quali casi di violazione a dette specifiche disposizioni sarebbe configurabile una richiesta di provvedimenti d'urgenza.

A tal proposito sembra opportuno porre a raffronto la fattispecie che ci occupa con il caso previsto dalla legge 25-2-87 n. 67, recante la riforma della disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria. L'art. 3 di detta legge, relativo alle illegittime concentrazioni nella stampa quotidiana, ai commi 12 e 13, prevede la facoltà del garante per l'editoria di chiedere al Tribunale "l'adozione dei provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare

provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”, riferendosi tale ultima espressione all’azione di nullità di cui al comma 10 dello stesso articolo.

Probabilmente era nelle intenzioni del legislatore prevedere anche nella materia anti-trust interventi della Corte d’Appello per i provvedimenti urgenti che si rendessero necessari nel corso del procedimento amministrativo rimesso all’Autorità garante nell’ambito dei poteri ad essa riservati, appunto, dai titoli II, III e IV della legge 287/90. Ma la formulazione del secondo comma dell’art. 33 non è certo chiara sul punto.

Altra problematica incerta e che viene indubbiamente in rilievo anche in sede cautelare è quella relativa all’applicabilità della normativa italiana o di quella comunitaria, a seconda delle dimensioni comunitarie o meno della violazione addebitata. Il rapporto fra legge nazionale e legge comunitaria anti-trust è disciplinato dall’art. 1, comma 1, della legge 287/90, avendo il legislatore italiano limitato l’applicazione delle disposizioni contenute nel medesimo testo normativo alle intese, agli abusi di posizione dominante ed alle concentrazioni di imprese che non ricadano nell’ambito di applicazione delle disposizioni comunitarie in materia anti-trust; nello stesso tempo, però, il legislatore ha fatto salva la competenza dell’Autorità garante italiana “per gli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale” (comma 2 del medesimo art. 1).

Le ordinanze già prima indicate, attenendosi al principio dell’allegazione delle parti, hanno rilevato che, se a fronte della prospettazione della parte ricorrente che invoca l’applicazione della legge nazionale, la resistente non adduce elementi idonei a dimostrare che la fattispecie ricadrebbe sotto la previsione della normativa comunitaria, le circostanze prospettate vengono considerate solo alla luce della legislazione nazionale, con la conseguente competenza della Corte ad emettere i provvedimenti urgenti richiesti. Ove la questione rivestisse, invece, rilevanza comunitaria, la competenza a conoscerne in sede di merito appartarrebbe al Tribunale, con la conseguenza che a quest’ultimo andrebbero rivolte anche le domande cautelari, sia quelle proposte in corso di causa, che quelle ante causam.

Alla luce di quanto finora si è detto non può che concludersi che la formulazione dell’art. 33 è particolarmente infelice, ingenerando forti perplessità sia per gli aspetti processuali, che per quelli sostanziali della materia cautelare nell’ambito della disciplina anti-trust italiana.

Sotto il profilo concreto, si deve osservare che, dopo un inizio alquanto incerto, la competenza rimessa alla Corte d’Appello dall’art. 33 sembra essere “decollata”. Per oltre un anno dall’entrata in vigore della legge 287 sembrava che nessuno si fosse accorto della possibilità di avvalersi di tale normativa, né in sede di merito né in sede cautelare. I primi ricorsi presentati alla Corte milanese risalgono agli inizi del 1992; si trattava di richieste di interventi cautelari, presentate ante causam, che ottennero solo provvedimenti di rigetto per ragioni attinenti alla carenza dei presupposti di merito necessari all’assunzione delle invocate misure cautelari. Le ordinanze emesse già allora appaiono, tuttavia, di particolare interesse poiché in dette occasioni le Corti d’Appello di Milano e di Roma, per prime investite della materia, ebbero occasione di assumere posizione su alcuni aspetti di carattere processuale, su eccezioni di incostituzionalità e su questioni di applicabilità della normativa anti-trust che hanno rappresentato un primo spunto alla discussione ed al confronto.

In questi ultimi mesi si è visto un proliferare, pur tuttavia contenuto (numericamente modesti sono i casi di tutela giudiziale a fronte del grande impegno dell’Autorità garante in materia), dei ricorsi in materia cautelare, mentre sporadiche sono le cause promosse in sede di merito davanti alla Corte d’Appello. Alcuni di questi provvedimenti cautelari hanno avuto ampi spazi sulla stampa (si pensi al caso Omnitel/Telecom per i telefoni GSM, su cui si è pronunciata la Corte d’Appello di Roma, o quello Telsystem/S.I.P.-Telecom della Corte d’Appello di Milano per i servizi di telefonia per gruppi chiusi di utenti), oltre ad essere stati pubblicati sulle riviste giuridiche, dimostrando ancora una volta l’importanza e l’efficacia svolta nel nostro ordinamento dal processo cautelare.

Per concludere, un cenno a parte merita un istituto spesso inflazionato e di vivo interesse quale quello di cui all'art. 2409 c.c.: il terzo comma di detto articolo assume espressamente che il Tribunale, investito della denuncia di gravi irregolarità da parte di amministratori e sindaci, può disporre gli opportuni provvedimenti cautelari. Il contenuto di tali provvedimenti può spingersi, oltre alla convocazione dell'assemblea, fino alla nomina di un amministratore giudiziario. La competenza sul reclamo avverso i provvedimenti del Tribunale spetta alla Corte d'Appello (art. 739 c.c.).

È a tutti nota l'elaborazione di dottrina e giurisprudenza circa il carattere non contenzioso dei procedimenti di cui all'art. 2409 (cfr. Cass. 10-4-68 n. 1087, 15-1-85 n. 60, 5-8-87 n. 6720): tali provvedimenti, assunti in camera di consiglio, finalizzati al riassetto amministrativo e contabile della società per azioni (e di quelle a responsabilità limitata), ancorché emanati a conclusione di un procedimento svoltosi nel contraddittorio con i soci, spesso con notevoli tensioni e contrasti fra le parti, sono considerati atti di volontaria giurisdizione.

In linea con tale importazione, infatti, per essi è ammesso il reclamo alla Corte d'Appello, ai sensi dell'art. 739 c.p.c., per il quale reclamo è previsto il termine di dieci giorni, termine oggi recepito dall'art. 669-terdecies per il reclamo avverso i provvedimenti cautelari. Tale ultima norma, appunto, fa riferimento al secondo comma dell'art. 739 in discorso ed al procedimento disciplinato dagli artt. 737 e 738 c.p.c.. Prescindendo da questo riferimento voluto dal legislatore della novella, i due istituti rimangono distinti, onde appaiono sicuramente infondati i dubbi sorti ad alcuni operatori circa una possibile estensione analogica al procedimento camerale in discorso delle regole tipiche del nuovo processo cautelare, in particolare da disattendere è l'ipotesi di applicare per il reclamo le disposizioni di cui all'art. 669-terdecies, in particolare quelle circa la competenza di cui al secondo comma, o il tentativo di rendere reclamabile ad altra sezione della Corte (o ad altra Corte) il provvedimento emesso sul reclamo avverso il decreto del Tribunale.

Conclusivamente si può, tuttavia, osservare come con la novella sono stati introdotti o potenziati istituti quali il contraddittorio, la revoca, il reclamo, a lungo meditati nei vari progetti di riforma del codice di procedura civile che si sono succeduti in quasi un trentennio, e che una volta introdotti sarà difficile non intendere generalizzati anche ai provvedimenti sommari ed urgenti per i quali più incerta appare la natura stricto sensu cautelare, e che potrebbero, in caso contrario, ingenerare disparità di trattamento e quindi dubbi di incostituzionalità.

L'interesse suscitato dalla competenza cautelare anche della Corte d'Appello ed il rilievo che a tale competenza il legislatore ha voluto dare in materie di particolare risonanza, quale quella anti-trust, confermano l'importanza della funzione assoluta nel nostro ordinamento dagli interventi attuati in via cautelare ed urgente, interventi caratterizzati da efficacia ed immediatezza, pur sul terreno incerto che per certi aspetti residua dalla globale ricodificazione del processo cautelare, voluta dal legislatore della riforma.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., La riforma del processo civile, in Collana I libri dell'Istituto Giuridico Italiano, Padova 1992.

AA.VV., Aspetti della riforma del processo civile, Milano, 1992.

AIELLO, GIACOBBE, PREDEN, Guida ai provvedimenti d'urgenza, Milano 1982.

Alessi, Olivieri, La disciplina della concorrenza e del mercato, in Quaderni di diritto commerciale europeo, Torino 1991.

Allorio, Per una nozione del processo cautelare in Riv. dir. proc. civ., 1936, I, p. 18 e ss.

Attardi, Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul giudice di pace, p. 229 ss, Padova 1991.

Benedettelli, Sul rapporto fra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza, in Foro it. 1990, IV, 235.

Bernini, Un secolo di filosofia anti-trust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana, Bologna, 1991.

Blandini, Loi, Mariani, Pajardi, Le nuove norme del codice di procedura civile, coordinate e commentate, Milano 1991.

Carpi, Colesanti, Taruffo, Commentario breve al codice di procedura civile, Appendice di aggiornamento a cura di F. Carpi e M. Taruffo, p. 205 ss, Padova 1991.

Consolo, Luiso e Sassani, La riforma del processo civile, Milano 1991.

Chiarloni, Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile in Riv. dir. proc., 1991, p. 659 e ss.

Conte, Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio, in Riv. dir. proc. 1995, p. 213.

D'Aietti, Frasca, Manzi e Miele, I provvedimenti cautelari. La riforma del processo civile, Milano 1991.

Dini, Mammone, I provvedimenti d'urgenza, Milano 1993, sesta edizione.

Fazzalari, Profili della cautela e Luci ed ombre della riforma del processo civile in Riv. dir. proc. 1991, p. 1 e ss. e p. 621 e ss.

Frus, Commento all'art. 74 in Le riforme del processo civile a cura di S. Chiarloni, Milano 1993.

Giusti, La disciplina del processo cautelare nella riforma del processo civile" in Giust. civ. 1991, II, p. 379 ss.

La China, Concorrenza e mercato, Commento alla legge 10 ottobre 1990 n. 287, a cura di V. Afferni, Padova 1994.

Mandrioli, Le modifiche del processo civile, Torino 1991 e II ediz. 1993.

Merola, Rizza Bajardo, Tutela della concorrenza nella legge 287 del 1990: rapporti con l'ordinamento comunitario, in Giur. it. 1991, IV, 520.

Monteleone, Spigolature e dubbi sulla l. 26 novembre 1990 n. 353 in Riv. dir. proc. 1992, p. 27.

Montesano, Attuazione della cautela e diritti cautelabili nella riforma del processo civile in Riv. dir. proc. 1991, p. 935 e ss.

Montesano e Arieta, Il nuovo processo civile, p. 118 ss, Napoli 1991.

Oberto, Il nuovo processo cautelare, Milano 1992.

Olivieri, I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353), in Riv. dir. proc., p. 688 ss, 1991.

Pototschnig, L'esecuzione dei sequestri nel sistema della legge 353/1990 in Riv. dir. proc. 1992, p. 496 e 761.

Proto Pisani, La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale in Foro it., 1991, V, c. 57 ss.

Proto Pisani, La nuova disciplina del processo civile, Napoli 1991.

Raffaelli, I giudici nazionali ed il diritto comunitario della concorrenza, in Riv. dir. civ., 1994, II, 1.

Saletti, Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari in Riv. dir. proc., 1991, p. 355 ss.

Tarzia, La tutela cautelare, in AA.VV., a cura di Tarzia, I procedimenti cautelari, Padova 1990.

Tarzia, Rigetto e riproponibilità della domanda cautelare, in Riv. dir. proc., 1988, p. 9 32 e ss.

Tarzia, Crisi e riforma del processo civile, in Riv. dir. proc., 1991, p. 633 e ss.

Tommaseo, Commento agli artt. da 73 a 77, l. 26 novembre 1990, n. 353, in Corriere giuridico 1991, p. 95 ss.

Verde, Commento agli artt. 669-bis a 669-quaterdecies, in Verde e Di Nanni, Codice di procedura civile. Legge 26 novembre 1990, n. 353, p. 239 ss, Torino 1991.